

**BREVI NOTE IN TEMA DI ANNULLAMENTO
DELL'AGGIUDICAZIONE ED EFFETTI SUL CONTRATTO: I
POTERI DEL GIUDICE ALLA LUCE DEL CODICE DEL
PROCESSO AMMINISTRATIVO**

REPORT ANNUALE - 2012 - ITALIA

(Settembre 2012)

Ernesto STICCHI DAMIANI

INDICE

- 1. PREMESSA**
- 2. LA DISCIPLINA DELL'INEFFICACIA DEL CONTRATTO NEL
CODICE DEL PROCESSO E IL DETTATO NORMATIVO DELL'ART. 121**
2.1 Le violazioni "ordinarie" dell'art. 122 e l'art. 123 c.p.a.
- 3. LA QUALIFICAZIONE DELL'INEFFICACIA ALLA LUCE DELLA
DISCIPLINA CODICISTICA**
- 4. L'INEFFICACIA DEL CONTRATTO A SEGUITO DI
ANNULLAMENTO GIURISDIZIONALE DELL'AGGIUDICAZIONE OD
ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA: IL GIUDICE CHIAMATO A
PRONUNCIARSI**
- 5. LE DINAMICHE PROCESSUALI. I RECENTI PROFILI DI CRITICITÀ**
- 6. LA DIALETTICA EFFICACIA-INEFFICACIA DEL CONTRATTO E
LA PONDERAZIONE DEL GIUDICE**

1. PREMESSA

Il tema del rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto *medio tempore* stipulato si colloca in un'area di confine tra il diritto pubblico e il diritto privato ed è frutto di un complesso intreccio tra normativa europea e normativa nazionale.

In relazione a tale problematica nel tempo sono state elaborate da dottrina¹ e giurisprudenza² molteplici prospettazioni, in costante evoluzione e approfondimento, in

¹ Per una bibliografia in tema di effetti del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione si rimanda a G. FERRARI, *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.p.a.*, in *Giur. merito*, 2011, 04, 919; DUNCAN FAIRGRIEVE - FRANÇOIS LICHÈRE (a cura di), *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, 2011; G. LEONE, L. MARUOTTI, C. SALTELLI, *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2011, 916; D. FATA, M. SANINO, G. CHINÈ, *Le sorti del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Commentario al codice del processo amministrativo* (a cura di) M. SANINO, Torino, 2011; AA.VV., *Il processo amministrativo* (a cura di) A. QUARANTA, V. LOPILATO, MILANO, 2011; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 664; Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 780, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1088, con nota di F. GASPARRINO, *Nessun risarcimento al contraente che «confida» nel contratto illecito*; R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, in *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. Caranta, Bologna, 2011, 659 ss.; GAMBATO SPISANI, *I riti speciali*, in *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. CARANTA, Bologna, 2011, 732; P. PATRITO, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia del contratto d'appalto: strumenti di tutela dell'originario aggiudicatario-contraente, prima e dopo il recepimento della direttiva ricorsi* (nota a Trib. Torino, sez. I, 19 gennaio 2011 n. 307), in *Resp. civ. e prev.*, 2011, fasc. 7-8, 1616; G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, 2010; A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 4, 865; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325; R. BOSCOLO, *In tema di natura dell'aggiudicazione provvisoria* (n.d.r. commento a Tar Lazio, sez. II-ter, 9 novembre 2009, n. 10991), in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2010, fasc. 1, 59-67; R. CALVO, *Annullamento dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva e inefficacia dei contratti a evidenza pubblica* (art.

243 bis e 245 bis - 245 quinquies del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, introdotti dal d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53, attuativo della dir. 2007/66/CE), in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, fasc. 3, 617-637; ID., *Appalti pubblici e «decodificazione» dei rimedi*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, fasc. 7, pagg. 757-761; G. COSTANTINO, *Note a prima lettura sul codice del processo amministrativo. Appio Claudio e l'apprendista stregone*, in *Il foro italiano*, 2010, fasc. 9, parte V, 237-243; G. CREPALDI, *La revoca dell'aggiudicazione provvisoria tra obbligo indennitario e risarcimento* (n.d.r. commento a Consiglio di Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554), in *Il foro amministrativo C.d.S.*, 2010, fasc. 4, 861-877; O. CRISTANTE, A. ZUCCOLO, *Sorte del contratto* (n.d.r. commento a d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53), in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2010, fasc. 3, 301-308; G. D'ANGELO, *Direttiva n. 2007/66/CE e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici* (n.d.r. commento a Cassazione Civile, sez. un. ord., 10 febbraio 2010, n. 2906), in *Il corriere giuridico*, 2010, fasc. 6, 741-755; P. DELLA PORTA, S. SACCHETTO, *La disciplina processuale del Codice dei contratti pubblici dopo il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (e poco prima del codice del processo amministrativo)* (n.d.r. commento a d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53), in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2010, fasc. 3, 269-299; M.R. BUONCOMPAGNI, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Riv. dir.*, 2010, 3, 402; G. E.FERRARI, *Il contenzioso degli appalti pubblici nel nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 311; E. SANTORO, *Guida alla giurisdizione in materia di contratti pubblici*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2010 fasc. 3, 218; G. DE ROSA, *Quale giudice può decidere la sorte del contratto a seguito di aggiudicazione annullata? L'impatto della direttiva ricorsi* (nota a Cass., SS. UU., 10 febbraio 2010 n. 2906), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, fasc. 3-4, 1035; E. SANTORO, *Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/Ce* (nota a Cass., sez. un., 10 febbraio 2010 n. 2906), in *Riv. giur. Edilizia*, 2010, I fasc. 2, 399; F. ASTONE, *I contratti pubblici fra ordinamento europeo e diritto interno*, in *www.giustamm.it*, 1/06/2010.

² Con riferimento ai recenti orientamenti della giurisprudenza si v. Cons. Stato sez. V, 12 maggio 2011 n. 2817; Cons. Stato sez. III, 19 dicembre 2011 n. 6638 secondo cui occorre dirimere la questione se l'inefficacia del contratto, quale condizione logica necessaria ed imprescindibile del risarcimento in forma specifica legittimamente (come s'è visto) perseguibile in sede di ottemperanza, possa essere dichiarata, su domanda dell'interessato, dal giudice dell'esecuzione in sede di individuazione delle misure di attuazione del giudicato ritenute più opportune per la soddisfazione

dell'interesse del ricorrente che ivi abbia proposto domanda di tutela in forma specifica, o se invece, come ritenuto dal T.A.R. con la sentenza impugnata, tale potere debba intendersi riservato al Giudice di cognizione. La privazione degli effetti del contratto è disposta sulla base di determinati presupposti, in esito ad un'indagine che riguarda specifiche condizioni stabilite dalle proposizioni normative ed involge considerazioni di opportunità, che si affiancano alle ragioni dell'annullamento del titolo costituito dall'aggiudicazione, cui sicuramente si estendono i poteri cognitivi classici del giudice dell'ottemperanza, sì da poterlo anche per tal verso ricomprendere nella nozione di giudice dell'annullamento. In tale prospettiva, la domanda di reintegrazione in forma specifica avanzata dall'appellante col ricorso di primo grado ed in questa sede ribadita, possa essere accolta, sussistendo i presupposti per la dichiarazione di inefficacia del contratto *ex art. 122 c.p.a.* (non rientrando la fattispecie nell'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione per gravi violazioni *ex art. 121, comma 1, c.p.a.*), dal momento che il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo per la stazione appaltante di rinnovare la gara ma lo scorrimento della graduatoria. Secondo la sentenza in rassegna è da ritenere ammissibile, nel processo di ottemperanza ai sensi dell'art. 112, comma 4, c.p.a., la domanda volta a conseguire l'aggiudicazione e la condanna alla stipula del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione precedentemente disposta dall'Amministrazione; tale domanda, infatti, si configura (rientrando pacificamente nei poteri del giudice quello di qualificare l'azione proposta) come richiesta di risarcimento in forma specifica (*ex art. 124 c.p.a.*), in quanto volta a definire una delle possibili modalità di attuazione del giudicato, anche quando « alcun'espressa domanda » era stata in tal senso avanzata nel giudizio di cognizione. A propria volta l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto di appalto, avanzata in sede di esecuzione del giudicato, presuppone, a norma dell'art. 124 c.p.a., la dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122 c.p.a.; in difetto della stessa, invero, il contratto deve ritenersi valido ed efficace pur in presenza di annullamento dell'aggiudicazione (così cfr. Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1570, in www.giustizia-amministrativa.it). In applicazione del principio di cui in massima, la decisione, dopo aver valutato gli interessi delle parti e bilanciato gli stessi con l'interesse pubblico, ha ritenuto di dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto sottoscritto tra l'Amministrazione e l'originario aggiudicatario. Secondo la decisione, l'inefficacia deve essere dichiarata a decorrere dal trentesimo giorno successivo a quello di ricezione da parte dell'originario aggiudicatario della comunicazione in via amministrativa (o, se anteriore, a quello di notifica) della sentenza di esecuzione del giudicato, con obbligo per l'Amministrazione di procedere, entro detto termine, alla stipula di contratto di

merito alla natura del vizio che inficia il contratto, al giudice competente³ ed alla tutela dell'aggiudicatario illegittimamente escluso.

Il presente studio, seguendo il tracciato di quanto ampiamente sviluppato in passato⁴, si propone di soffermarsi su tre fondamentali ambiti di indagine, cui sono connessi una serie di aspetti rilevanti.

In primo luogo, la disamina muoverà dall'individuazione di quali siano, sul piano sostanziale, le ripercussioni determinate sul contratto dalla cancellazione *ex tunc* del provvedimento di aggiudicazione.

appalto con il soggetto vincitore del giudizio con scadenza uguale a quella del contratto dichiarato inefficace, previa aggiudicazione in favore della stessa e previa verifica dell'insussistenza a carico dell'aggiudicatario di ogni eventuale impedimento alla stipula.

³ Per un'analisi del problema nella prospettiva dei poteri attribuiti al giudice si v. M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice* in www.federalismi.it. La formula <<poteri del giudice amministrativo>> assume rilievo da almeno tre angoli prospettici, quali quello attinente al riparto di giurisdizione, quello inerente alla natura e al tipo di potere giurisdizionale esercitato, quello inerente al rapporto tra le parti e il giudice. L'A. precisa che, secondo l'impostazione civilistica, la valutazione del giudice finalizzata a decidere in ordine alla pronuncia di inefficacia sarebbe di natura equitativa e che altre impostazioni valorizzano, invece, l'interesse generale, parametro estraneo rispetto a quelli utilizzati dal codice civile. Si v., inoltre, A. CARULLO, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte* in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ Sul punto, si sottolinea come il presente scritto si pone in continuità con l'analisi del tema contenuta in E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, op. cit., pagg. 3719-3728.

In secondo luogo, l'analisi si soffermerà sui profili inerenti alla definizione dell'autorità giurisdizionale chiamata a conoscere delle ripercussioni sul contratto dell'avvenuto annullamento dell'aggiudicazione.

Infine, la trattazione si volgerà ad esaminare, specificamente, le dinamiche processuali implicate dal giudizio in ordine alle sorti del contratto. In particolare, ci si chiederà se il G.A. debba conoscere della sorte del contratto solo qualora sia stata proposta domanda di parte o se la cognizione del G.A. sulla propagazione della propria pronuncia sul contratto possa, invece, avvenire d'ufficio.

Assumerà rilievo, inoltre, considerare se sia o meno possibile scindere il giudizio sull'annullamento della gara dal giudizio teso alla caducazione del contratto, oppure se operi il principio del *simultaneus processus* in base al quale tutti gli aspetti del rapporto devono essere esaminati nel medesimo giudizio.

Alla luce di recenti pronunce giurisdizionali, sarà, infine, oggetto di indagine il tema della distinzione tra l'ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione avvenga *ope iudicis* e il caso in cui tale annullamento sia effettuato da parte della P. A..

La disamina tenderà complessivamente a verificare, considerate le peculiarità del giudizio sulle sorti del contratto a seguito dell'annullata aggiudicazione, i poteri del giudice e la centralità della sua posizione, avuto riguardo all'ampia discrezionalità che connota l'esercizio delle sue funzioni.

2. LA DISCIPLINA DELL'INEFFICACIA DEL CONTRATTO NEL CODICE DEL PROCESSO E IL DETTATO NORMATIVO DELL'ART. 121

Tra le tesi esposte in dottrina e in giurisprudenza in ordine alla natura giuridica del vizio inficiante il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione⁵, il Codice ha optato per la categoria concettuale maggiormente evanescente.

Il *genus* inefficacia è, infatti, un *genus* variegato e disomogeneo.

Sono da chiarire infatti, tutti gli aspetti inerenti alla natura e al regime dell'inefficacia e, in particolare, occorre verificare se essa sia o meno un'inefficacia sanzionatoria, consequenziale ad una patologia del contratto, oppure ad una semplice risoluzione.

Tali profili di indagine trovano una più analitica esplicitazione nell'analisi dettagliata della disciplina introdotta dal Codice *in subiecta materia*.

La disciplina delineata dagli artt. 121 ss. del Codice del processo è imperniata sulla declaratoria di inefficacia del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione e distingue due gruppi di ipotesi prese in considerazione dall'art. 121 c. p. a. con riferimento alle c.d. violazioni gravi e dal successivo art. 122, con riferimento alle

⁵ Si è parlato, infatti, di nullità, annullamento, inefficacia, caducazione automatica del contratto, con la pleora delle varianti interne che caratterizzano ognuna delle suddette tesi, trattate in M. MONTEDURO, *Invalidità del contratto*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, II, 2005, 829, e Id., *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1, c.c.: una radicale «svolta» della giurisprudenza tra luci e ombre*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 2591. L'A. delinea una serie di tesi e sottotesi già originariamente emerse, in ordine al dibattuto tema.

ipotesi di violazione residuali, tipizzate le prime, non tipizzate e, quindi, ordinarie le seconde⁶.

Nelle ipotesi di cui all'art. 121 il giudice è tenuto a dichiarare l'inefficacia del contratto, precisando se la stessa debba operare *ex tunc* o *ex nunc*. I parametri in base ai quali il giudice è chiamato valutare attongono alle deduzioni delle parti, alla gravità della condotta della stazione appaltante ed alla situazione di fatto⁷.

⁶ Per un'analisi delle ricadute applicative della disciplina codicistica e per una ricognizione delle prospettazioni in ordine alle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto si v. F. BOTTEON, *I contratti non relativi a lavori, servizi e forniture pubbliche e l'annullamento dell'aggiudicazione: alcuni spunti sulla questione della sorte dei contratti alla luce del nuovo codice del processo amministrativo*, in www.lexitalia.it.

⁷ Secondo la prevalente dottrina, tale declaratoria si configurerebbe come un vero e proprio dovere. Si v., in dottrina, M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d. lgs. n. 53*, op. cit.; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi* in www.giustizia-amministrativa.it; S. FANTINI in A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e appalti*, 6/2010, 661; C. LAMBERTI, *La caducazione del contratto tra cognizione ed esecuzione*, relazione tenuta al Convegno "Riforme della giustizia e giudice amministrativo" Siena, Certosa di Pontignano, 11-12 giugno 2010; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi* in www.giustizia-amministrativa.it, 2010. In chiave critica verso l'avanzare dell'ipotesi in ordine ai poteri officiosi del giudice, sostiene F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)* in www.giustamm.it che "teorizzare un potere-dovere di dichiarare inefficace un contratto senza che il ricorrente lo chieda e lo voglia, equivarrebbe a fare di esso un vero e proprio potere amministrativo sanzionatorio officioso. Forse neppure la giurisdizione di diritto oggettivo, nel modo in cui è stata finora intesa, basterebbe infatti a classificarlo".

Alle lett. *a)* e *b)*, il comma 1 dell'art. 121 stabilisce che, qualora l'aggiudicazione definitiva sia avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso, oppure con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o dell'avviso con cui si indice una gara, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto.

Ciò sembrerebbe dar conto di una tutela piena della concorrenza. Al comma 2 si precisa, però, che il contratto resta efficace allorché ciò sia imposto da esigenze imperative connesse ad un interesse generale.

Nel caso in cui vi sia un interesse generale di tale rilevanza da imporre la conservazione del contratto⁸, infatti, al carattere apparentemente vincolato della dichiarazione di inefficacia (“*Il giudice dichiara*”) sembra contrapporsi un vincolo di segno opposto (il contratto “*resta*” efficace).

Certamente viene affidata al giudice una notevole area di discrezionalità allorché le esigenze imperative siano connesse a interessi economici.

Il giudice dovrà, infatti, tener conto di una serie di parametri valutativi e, in particolare, sarà spinto a conservare l'efficacia per motivi tecnici solo allorché l'inefficacia non sia funzionale al soddisfacimento delle pretese del ricorrente.

⁸ Ulteriori esimenti della declaratoria di inefficacia ricorrono nei casi di cui all'art. 121, co. 5 e all'art. 123, co. 3, nei quali, rispettivamente, la stazione appaltante abbia dichiarato la propria omissione in buona fede degli obblighi pubblicitari o abbia pubblicato un avviso volontario per la trasparenza preventiva e nei casi in cui sussistano violazioni solo formali dei termini dilatorio e sospensivo e non risulti pregiudicata la possibilità per il ricorrente di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto, né la sua possibilità di ottenere l'affidamento.

I residui obblighi contrattuali non possono, infatti, essere trasferiti in quanto ottemperabili solo dall'aggiudicatario originario o allorché il ricorrente non intenda servirsene non avendo presentato la domanda di subentro.

Una discrezionalità ancora più forte è, peraltro, attribuita al giudice qualora questi possa astenersi dal dichiarare l'inefficacia del contratto, in particolare nel caso in cui ciò dia luogo a conseguenze sproporzionate.

Da queste disposizioni emerge quindi la rilevata dialettica tra tutela della concorrenza conformata al concreto interesse del ricorrente e gli interessi pubblici sottesi al contratto, il cui contemperamento è affidato alla ponderazione del giudice.

In particolare, a fronte dell'interesse pubblico alla conservazione del contratto, la tutela della concorrenza tende sempre più a coincidere con l'interesse del ricorrente al subentro.

L'art. 121 dà conto, pertanto, della forte complessità della nozione di inefficacia laddove, nell'individuare il regime applicabile nell'ipotesi di gravi violazioni, esso stabilisce che, in caso di violazioni degli obblighi pubblicitari (lett. a-b), il contratto resta comunque efficace in presenza di esigenze imperative connesse a un interesse generale come desumibile da una serie di parametri da utilizzarsi da parte del giudice.

In tal caso, quindi, l'interesse pubblico sotteso al contratto può, nella valutazione ponderativa del giudice, ancorata al criterio della proporzionalità, prevalere sulla tutela della concorrenza, benché questa sia stata gravemente incisa dalla violazione degli obblighi pubblicitari⁹.

⁹ Sulla rilevanza o meno della buona fede del contraente illegittimo aggiudicatario le opinioni non sono del tutto concordi. In particolare si fa riferimento alla tesi estrema riconducibile a F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)* op. cit., secondo cui il giudice non dichiarerà mai l'inefficacia ogniqualvolta questo possa comportare il travolgimento della posizione del contraente in

Anche la seconda delle gravi violazioni prevista dall'art. 121, quella inerente il mancato rispetto dello “*stand still period*” (lett. c e d), non dà necessariamente luogo, pur nella gravità del *vulnus* inferto alle regole della concorrenza, all'inefficacia del contratto ove tale violazione¹⁰ non abbia inciso sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

In tal caso emerge con evidenza come, più che l'interesse pubblico sotteso al contratto, sia di fatto l'interesse o il mancato interesse del ricorrente a garantire la persistente efficacia del contratto stesso.

buona fede. Solo nei casi di mala fede del contraente, il giudice amministrativo potrebbe (e tendenzialmente dovrebbe) accertare l'inefficacia tenendo conto degli altri parametri di cui all'art. 122. Il parametro della buona fede diviene dunque, secondo tale orientamento, prevalente rispetto a tutti gli altri parametri di cui all'art. 122, i quali opererebbero solo in via subordinata. E' fautore di una tesi più moderata M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto nel d. lgs. n. 53 del 2010, op. cit.* secondo cui la buona fede del terzo aggiudicatario rileva nei casi di violazioni “non gravi”, ma non preclude, automaticamente, la dichiarazione di inefficacia del contratto. L'A. non condivide l'assunto secondo cui la buona fede sarebbe sbarramento invalicabile alla pronuncia di inefficacia, ma individua in essa un parametro concorrente, su un piano di pari dignità, con gli altri parametri di cui all'art. 122.

¹⁰ In particolare, con riferimento alla irrilevanza del carattere colpevole della violazione, occorre richiamare la sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010 (C-314/09) che, in ordine al difetto di imputabilità soggettiva della violazione commessa dalla stazione appaltante, stabilisce che “*La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione*”. Tale orientamento è stato seguito dalla giurisprudenza nazionale. Si v., *ex multis*, TAR Brescia, 4 novembre 2010 n. 4552.

Appare evidente, allora, che l'interesse del ricorrente a conseguire l'aggiudicazione si pone come un interesse forte all'interno del confronto che presiede la possibile declaratoria di inefficacia, affidata alla valutazione del giudice.

2.1 Le violazioni “ordinarie” dell’art. 122 e l’art. 123 c.p.a.

La disciplina delle violazioni “ordinarie” di cui all’art. 122, vale a dire delle violazioni di più frequente accadimento, conferma la funzionalizzazione della declaratoria di inefficacia alla possibilità di subentro del ricorrente¹¹.

Tale disciplina prevede, infatti, che l'interesse del ricorrente al subentro nell'aggiudicazione e nel contratto non costituisce elemento di ponderazione da parte del giudice. Esso si pone, invece, come presupposto perché al giudice l'attività ponderativa sia consentita e, infatti, affinché il giudice possa scegliere tra efficacia ed inefficacia del contratto occorre che la domanda di subentro sia stata preliminarmente proposta oppure

¹¹ In ordine alla distinzione tra i vari modelli di inefficacia si v. F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, op. cit. L'A. precisa come la differente funzione dei modelli di inefficacia previsti dal complesso normativo del Codice del processo emerge chiaramente dal dato della norma: nel primo caso, infatti, “il giudice che annulla l'aggiudicazione dichiara l'inefficacia”, nel secondo, invece, “il giudice stabilisce se dichiarare l'inefficacia”. In altre parole, secondo l'A., “in caso di violazioni gravi il potere decisorio del giudice, e cioè la scelta di non dichiarare inefficace il contratto è subordinata alla sussistenza di condizioni per un verso più rigide per un altro maggiormente collegate alla valutazione dell'interesse pubblico. Nei casi di violazioni meno gravi, il sindacato del giudice è sì di più ampio spettro, implicando una valutazione complessiva della situazione di fatto (quindi del rapporto), ma appare più legato alla considerazione degli interessi delle parti, e segnatamente del ricorrente”.

che la stessa risulti improponibile essendo stato rilevato un vizio riferibile all'interesse strumentale che comporti l'obbligo di rinnovare la gara¹².

In assenza di tali presupposti, il giudice non può dichiarare l'inefficacia del contratto.

I parametri indicati dall'art. 122 cui il giudice è tenuto a fare riferimento sono essenzialmente riconducibili all'accoglibilità della domanda di subentro, e ciò anche in considerazione dell'interesse pubblico sotteso al contratto¹³.

¹² L'art. 122, con riferimento alle violazioni ordinarie, stabilisce come l'inefficacia sia connessa ad una serie di parametri, ma ancorata al preciso presupposto della domanda di subentro. Si v. E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 - 124 del Codice del processo amministrativo* in www.giustamm.it secondo cui "la dichiarazione di inefficacia non è fine a se stessa, ma sostituisce l'aggiudicatario con il concorrente che doveva, già in sede procedimentale amministrativa, essere il vincitore della gara e che diviene parte di un altro e successivo contratto. Ovvero, qualora l'annullamento dell'aggiudicazione sia stato determinato non da vizi di legittimità che portino alla scelta di altro concorrente (il ricorrente), ma da illegittimità che determinano la ripetizione della gara, la pronuncia condanna l'amministrazione, dichiarata l'inefficacia del contratto, a procedere al riesercizio dell'azione amministrativa".

¹³ Rispetto a tale prospettazione è, tuttavia, rilevabile un alternarsi di tesi. In particolare alcuni hanno ritenuto che l'inefficacia assume la portata di una nullità-sanzione di regola rilevabile d'ufficio ma, nei casi dell'art. 122, la nullità non può essere pronunciata d'ufficio se manca la domanda di subentro per cui risulta tutelato l'interesse diretto e non quello meramente strumentale alla rinnovazione della gara. In tal senso si v. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal D.lgs. n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in www.giustizia-amministrativa.it. Secondo altra tesi "L'inefficacia, nei casi di cui all'art. 122, non è sanzione; richiede sempre una domanda di parte; tale domanda può ritenersi implicita in quella di subentro; tuttavia, l'art. 122 può consentire al giudice di disporre l'inefficacia anche in assenza di una vera e propria domanda di subentro, ossia anche quando l'interesse dedotto sia non diretto, ma strumentale alla rinnovazione della gara". Si v., in proposito, M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super accelerato*

Risulta, poi, decisiva, in proposito, la previsione dell'art. 123, comma 3 che, per le violazioni dello “*stand still period*” che non abbiano influito sulla possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento, prevede espressamente l'obbligatoria applicazione delle sanzioni¹⁴ alternative all'inefficacia¹⁵, escludendo così inequivocabilmente che possa venir dichiarata l'inefficacia medesima.

*in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010, op. cit.; ID., La direttiva ricorsi nel Codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?, in Foro amm. TAR, 5/2010, LXXIII. Altra dottrina ha ritenuto che “l'inefficacia, tanto nei casi di cui all'art. 121 quanto nei casi di cui all'art. 122, è sanzione a tutela di interessi pubblici superindividuali e la domanda di subentro è solo uno dei tanti elementi di valutazione”. Si v., in proposito, M. FRACANZANI, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia in www.giustizia-amministrativa.it. Secondo parte della dottrina, “la norma, piuttosto generica e ad ampio spettro di attuazione, identificando parametri supporto della decisione del giudice sulla sorte del contratto, che spaziano dal tipo di vizio della fase procedimentale allo stato di esecuzione del rapporto negoziale, alla possibilità di subentro del ricorrente, configura pertanto una sorta di inefficacia facoltativa del contratto”. Si v., in tal senso, S. RUSCICA, *Il nuovo processo degli appalti pubblici. Commento organico al D.lgs. 20 marzo 2010 n. 53 di attuazione della direttiva ricorsi 2007/66/CE*, Roma; A. BARTOLINI in A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FRIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e appalti*, op. cit., 653. Si v., in giurisprudenza, di recente Cons. Stato, 15 novembre 2011 n. 6039 e Cons. Stato sez. V, 28 dicembre 2011 n. 6916 in ordine alla rilevanza degli interessi pubblici coinvolti. Si v., inoltre, Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 2010 n. 1554 secondo cui, in materia di contratti della P.A., il potere di negare l'approvazione dell'aggiudicazione di una gara ben può trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse, senza trovare ostacoli nell'avvenuta aggiudicazione definitiva o provvisoria della stessa.*

¹⁴ In proposito appaiono significativi, nel linguaggio normativo comunitario, gli incisi del considerando della Direttiva 2007/66 secondo cui: “*Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi... è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive; la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove*

3. LA QUALIFICAZIONE DELL'INEFFICACIA ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA CODICISTICA

A caratterizzare la qualificazione e la disciplina dell'inefficacia, così come emerge dalla disamina delle disposizioni codicistiche, è la sua variabilità.

opportunità commerciali. Per impedire violazioni gravi del termine sospensivo obbligatorio e della sospensione automatica...si dovrebbero applicare sanzioni effettive”.

¹⁵ I casi in cui si applicano le sanzioni alternative sono l'inefficacia temporalmente limitata nei casi di gravi violazioni tipizzate, l'efficacia del contratto nei casi di esimenti la declaratoria di inefficacia derivanti da esigenze imperative, l'efficacia del contratto nei casi di violazione degli obblighi pubblicitari in cui però la P.A. ha posto in essere procedure di trasparenza preventiva, l'efficacia del contratto nei casi di mancato rispetto dei termini dilatorio e sospensivo che però non hanno privato il ricorrente delle possibilità di esperire i mezzi di ricorso e di ottenere l'affidamento. Tali sanzioni consistono nella sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante di importo tra 0,5 e 5% del valore del prezzo di aggiudicazione o nella riduzione della durata del contratto tra il 10% ed il 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo. Queste sanzioni, alternative all'inefficacia e cumulabili alla medesima solo nei casi di declaratoria d'inefficacia temporalmente limitata, sono dal giudice applicate ora alternativamente tra loro ora cumulando l'una (la sanzione pecuniaria) all'altra (la riduzione del contratto). L'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con queste. Le sanzioni in commento sono qualificabili come sanzioni amministrative. Si v., P. CERBO, *Voce <<sanzioni amministrative>>* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Vol. VI, Milano, 2006, 5424 ss.; C.E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988; A. CARRATO, *L'opposizione alle sanzioni amministrative*, Milanofiori Assago, 2008, 195 ss..

Si è parlato¹⁶, infatti, di inefficacia flessibile, in considerazione delle svariate gradazioni che essa conosce o può conoscere ed a seconda dei poteri esercitati dal giudice.

Tale inefficacia può essere interpretata come inefficacia sanzionatoria e, in tal senso, essa costituirebbe la sanzione che l'ordinamento impone al contratto in considerazione della nullità che lo affligge.

Tale impostazione avrebbe la sua base nella considerazione dell'imperatività delle norme violate, quali le norme imperative e le norme comunitarie sull'evidenza pubblica e opererebbe, così, nell'alveo della classica nullità del contratto per violazione di norme imperative, *ex art. 1418 co. 1° c.c.*.

L'assunto è confermato dalla terminologia usata dal legislatore che si esprime nel senso della "dichiarazione" dell'inefficacia.

Si tratta, pertanto, di una pronuncia non costitutiva, ma dichiarativa, com'è tipico della nullità. In tale prospettiva, imperatività della norma e dichiaratività della pronuncia sarebbero elementi sintomatici della sussumibilità di tale inefficacia nell'ambito della nullità sanzione.

È chiaro che, da questo tipo di premessa, si traggono alcuni corollari.

Il primo è caratterizzato dall'assenza dei termini per agire ai fini della nullità. Ne deriva che l'azione sarebbe imprescrittibile. La nullità è opponibile ai terzi indipendentemente dalla buona fede, in base alle regole specifiche di cui al codice civile. In terzo luogo, opererebbe il principio della rilevabilità d'ufficio della nullità di cui agli artt. 1421 e s.s. c.c.

¹⁶ In dottrina, M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, op. cit.

Secondo altra impostazione mancherebbero, invece, i profili caratterizzanti della nullità, quali, in particolare, l'automatismo della pronuncia e l'originarietà del vizio contrattuale. Pertanto, non si tratterebbe di un'inefficacia derivante da nullità, ma di una risoluzione giudiziale¹⁷, essendo conferito al giudice il potere di risolvere sul piano degli effetti il contratto.

La teoria della risoluzione rende ragione della discrezionalità del potere attribuito al giudice, in quanto si configura una risoluzione giudiziale in cui la natura della pronuncia assume portata costitutiva.

In relazione alla categoria dell'inefficacia emersa dalla disciplina codicistica possono, tuttavia, prospettarsi letture volte a ritenere diversa la graduazione dell'inefficacia a seconda che si consideri il regime giuridico di cui all'art. 121 o quello di cui all'art. 122.

L'inefficacia dell'art. 121 si configurerebbe, così, come un'inefficacia sanzionatoria inquadrabile nel *genus* della nullità e ciò avuto riguardo della gravità della violazione e dell'intensità del potere discrezionale del giudice.

L'inefficacia facoltativa dell'art. 122 potrebbe, invece, essere inquadrata nell'ambito dell'inefficacia derivante da risoluzione¹⁸.

¹⁷ Così AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d. lgs. 53 del 2010*, in *Rivista Nel Diritto*, 2010, 757 ss.

¹⁸ Altra impostazione potrebbe fondarsi, invece, non tanto sul disposto degli artt. 121 e 122, quanto sulla decorrenza degli effetti, così ritenendo che vi sia inefficacia - nullità sanzione quando la decorrenza è *ex tunc* ed inefficacia risolutoria nell'ipotesi in cui la decorrenza sia *ex nunc*.

4. L'INEFFICACIA DEL CONTRATTO A SEGUITO DI ANNULLAMENTO GIURISDIZIONALE DELL'AGGIUDICAZIONE OD ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA: IL GIUDICE CHIAMATO A PRONUNCIARSI

Effettuata una disamina categoriale circa la sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e circa la natura giuridica dell'inefficacia alla luce della disciplina codicistica, assume rilievo analizzare i profili di criticità inerenti all'individuazione del giudice chiamato a valutare gli effetti sul contratto *medio tempore* stipulato.

Ai fini del soddisfacimento dell'interesse al conseguimento del bene della vita – il subentro nel contratto – il ricorrente ha bisogno, infatti, sia dell'eliminazione dell'aggiudicazione, sia dell'eliminazione del contratto stipulato con l'aggiudicatario illegittimo.

In materia è individuabile un'opzione legislativa chiara. Il legislatore, infatti, ha smentito la ricostruzione della Cassazione del 2007¹⁹, che aveva ritenuto plausibile una scissione tra il giudice del procedimento chiamato a sindacare sulle dinamiche procedurali e il giudice del contratto cui veniva attribuita la cognizione delle ripercussioni sul contratto.

Attuando la direttiva comunitaria 2007/66, il legislatore ha, invece, considerato il rapporto dedotto in giudizio come rapporto unitario che consta inscindibilmente di aggiudicazione e contratto e ne ha attribuito la cognizione al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

¹⁹ Cass. civ. SS. UU. 28 dicembre 2007 n. 27169.

Assume rilievo chiedersi, inoltre, se, in effetti, tale tipo di giurisdizione concerna solo l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione *ope iudicis* o anche la caducazione del contratto a seguito dell'annullamento in autotutela.

Parte della giurisprudenza²⁰ adotta una lettura restrittiva, concludendo nel senso che, in caso di annullamento d'ufficio, l'art. 133 del c.p.a. non opererebbe, essendo all'uopo necessario esperire un'azione specifica tesa all'inefficacia del contratto innanzi al giudice ordinario.

La norma di cui al citato art. 133 sarebbe, infatti, secondo tale interpretazione, norma strettamente connessa con il dettato normativo di cui agli artt. 121 e 122 secondo cui è conferito al g.a. il potere di dichiarare l'inefficacia unicamente come conseguenza dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

In tal senso, l'art. 133 andrebbe letto sempre come applicazione di tali norme e non potrebbe riferirsi all'ipotesi di annullamento giurisdizionale.

Recente giurisprudenza del Consiglio di Stato²¹ opta, invece, per una lettura non restrittiva dell'art. 133²², sulla base di un'argomentazione letterale e logica.

A detta del Consiglio, il principio di concentrazione impedisce una scissione dei giudizi, data l'unitarietà dell'oggetto.

²⁰ Si v. T.A.R. Toscana, 27 gennaio 2011 n. 154

²¹ Cons. Stato, V, 7 settembre 2011 n. 5032.

²² Nell'interpretazione dell'ambito applicativo di questa norma la giurisprudenza recente ha analizzato un ulteriore profilo di rilevante attualità, dovendo valutare se la disposizione in questione valga solo per i contratti di cui all'art. 1 del Codice dei contratti (servizi, forniture, opere: i cd. appalti comunitari), o valga anche per altri contratti, *in species* se valga anche per i contratti di società. In proposito, si v. SS. UU. 30 dicembre 2011, n. 30167.

In tale prospettiva, spetta alla cognizione di un unico giudice sindacare l'annullamento d'ufficio, se esso sia o meno illegittimo e se produca conseguenze sugli effetti della stipulazione contrattuale.

Altrimenti opinando, bisognerebbe, da un lato, contestare l'annullamento d'ufficio dinanzi al g.a. e, dall'altro, adire il giudice ordinario per l'effetto di tale annullamento.

Ne deriva la preferibilità dell'impostazione secondo cui sono devoluti ad un unico giudice gli effetti che sul contratto producono tutti gli annullamenti, sia quelli giurisdizionali sia quelli in sede di autotutela.

Tale interpretazione risulta, pertanto, sia dalla lettera della legge che in sé non contiene alcun limite, sia dalla considerazione secondo cui, se si optasse per la lettura preclusiva, si discriminerebbero fattispecie completamente speculari e si contraddirebbe il principio di concentrazione, il quale impone che un unico giudice conosca della legittimità dell'annullamento d'ufficio e delle ripercussioni che questo annullamento produce sulla stipulazione contrattuale.

Quanto precede trova, invero, un'ulteriore conferma nell'importanza assunta oggi dal principio di effettività della tutela, sancito espressamente dall'art. 1 del Codice del processo amministrativo e assunto alla stregua di canone interpretativo dell'intero codice, ivi incluse le disposizioni concernenti la giurisdizione²³.

²³ Si v., in proposito, A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, III ed., Torino, 2009, 121 ss..

Quanto alla natura della giurisdizione delineata dall'art. 133 del c.p.a., si noti, infine, che da parte di alcuni interpreti era stata avanzata l'ipotesi di considerare la giurisdizione del g.a. non solo esclusiva, ma anche estesa al merito²⁴.

La suddetta tesi si pone, altresì, in contrasto esplicito con quanto affermato dall'art. 134 del c.p.a. che non contempla all'interno della materie di giurisdizione di merito il sindacato del giudice sul contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Ciò non pare, tuttavia, limitativo dei poteri del giudice, alla luce della nozione di efficacia flessibile e della possibilità di graduare gli effetti della declaratoria di inefficacia del contratto²⁵.

5. LE DINAMICHE PROCESSUALI. I RECENTI PROFILI DI CRITICITÀ

Il terzo dei profili che ci si propone di indagare, nell'ambito delle dinamiche propriamente processuali, attiene alla valutazione della necessità o meno della domanda di parte e dell'eventuale pronuncia d'ufficio del giudice in ordine all'inefficacia del contratto.

²⁴ Tale impostazione, suggerita da quanto disposto dalla direttiva europea e da quanto prevedeva sul punto la prima bozza del D. lgs. di recepimento della stessa, ha trovato consenso in CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo* in www.giustamm.it. Vi è stato anche chi, in dottrina, ha sostenuto che si sarebbe al cospetto di un'ipotesi innominata di giurisdizione di merito. In proposito si v. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi"*, *op. cit.*

²⁵ Così anche E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n.53 e negli artt. 120 e 124 del codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it dove fa riferimento ad una "giurisdizione esclusiva speciale, dove i poteri coglitori e decisori del g.a., pur non essendo riconducibili al merito sono posti su un piano di specialità e diversità rispetto alle altre materie, pure di giurisdizione esclusiva".

Nel silenzio normativo, sono possibili differenti ricostruzioni.

Secondo una prima interpretazione, si può ritenere che la domanda non sia necessaria e che vi sia in capo al giudice il potere di dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto.

A sostegno di questo assunto si può valorizzare un argomento letterale, secondo il quale la norma è conformata nel senso della rilevabilità d'ufficio dell'inefficacia, nonché un argomento fondato sull'assunto secondo cui a fronte della patologia della nullità, la pronuncia deve necessariamente essere effettuata d'ufficio.

Secondo una lettura aderente alla disciplina codicistica, occorrerebbe, invece, distinguere a seconda che si tratti dell'art. 121 o 122 c. p. a..

Nel primo caso, trattandosi di nullità-sanzione, la rilevazione dovrebbe assumere carattere di officiosità; nel secondo caso, se si accoglie la tesi per cui si tratterebbe, di fatto, di una risoluzione, sussisterebbe la necessità di una domanda di parte.

Appare emergere, così, l'evolversi della giurisdizione amministrativa nella direzione della giurisdizione oggettiva, in quanto il processo diretto a tutelare un interesse, di fatto, trascende quello individuale del ricorrente.

L'art. 122 sembra, invece, improntato ad un modello di giurisdizione in cui, essendo assente l'intento sanzionatorio, la domanda di inefficacia dovrebbe essere interposta dalla parte.

Inoltre, quanto alla distinzione o alla unitarietà tra giudizio sull'annullamento e giudizio sulla sorte del contratto, a parere di chi scrive, pare che essi siano conformati unitariamente. La scelta legislativa è chiara nel senso del *simultaneus processus*. Il dato normativo statuisce, infatti, che il giudice che annulla, dichiara l'inefficacia, nello stesso processo.

Tale scelta si allinea all'opzione normativa compiuta nell'art. 30 del Codice del processo, in cui si afferma che la pronuncia di condanna pubblicistica può essere resa nello stesso processo in cui si chiede l'annullamento del provvedimento.

6. LA DIALETTICA EFFICACIA-INEFFICACIA DEL CONTRATTO E LA PONDERAZIONE DEL GIUDICE

Alla luce di quanto finora osservato, pare potersi rilevare come all'annullamento dell'aggiudicazione possa conseguire tanto l'inefficacia del contratto quanto, in via alternativa, il persistere della sua efficacia, seppure accompagnata da specifiche sanzioni.

In secondo luogo, emerge come il verificarsi dell'una o dell'altra fattispecie è ricondotta a puntuali parametri normativi riconducibili a loro volta a specifici interessi pubblici tutelati dal legislatore.

Infine, risulta evidente come l'applicazione di tali parametri e, quindi, la ponderazione degli interessi pubblici che inducono l'efficacia o l'inefficacia del contratto sia, di fatto, affidata al giudice amministrativo sulla base del principio di proporzionalità.

Ne deriva, pertanto, la sussistenza di una duplice prospettiva idonea a valorizzare, da un lato, la declaratoria di inefficacia del contratto, qualora essa sia preordinata al subentro e, dall'altro, la persistente efficacia del contratto, qualora sussistano alla base rilevanti interessi pubblicistici connessi all'esecuzione del contratto.

Rileva considerare l'ampiezza del potere del giudice nel decidere l'inefficacia sia sul piano dell'*an* che sul piano del *quando*.

Lo stesso, infatti, è chiamato a stabilire se dichiarare l'inefficacia e, in particolare, se dichiararla *ex nunc*, *ex tunc* o parzialmente *ex tunc*.

Le scelte che il giudice può compiere sono connotate, pertanto, da quattro profili di variabilità e sono tutte esercitabili in considerazione dell'ampia discrezionalità attribuitagli.

La categoria dell'inefficacia derivante dalla disciplina codicistica risulta, peraltro, variabile anche sul piano normativo, posto che gli artt. 121 e 122 disciplinano diversamente l'intensità del potere del giudice a seconda della gravità della violazione.

Nelle ipotesi di cui all'art. 121, come precisato, risulta sussistere un'inefficacia necessaria o cedevole, essendo essa la regola che cede il passo solo in presenza di eccezioni assolutamente residuali. In questi casi l'inefficacia è la regola ed eccezionalmente è possibile derogarvi, in presenza di eccezionali ragioni imperative di interesse pubblico.

Invece, nei casi di violazione meno gravi, il codice dà al giudice un potere discrezionale più ampio, non sussistendo, infatti, né la specificazione di una regola, né la determinazione di particolari condizioni.

La regola è individuata dal giudice nel caso concreto e non dalla portata della norma. In questo caso il giudice può decidere, comparando gli interessi, valutando l'esecuzione parziale o meno del contratto e gli altri profili della fattispecie, anche la posizione del controinteressato, stabilendo se e da quando far decorrere l'inefficacia della stipulazione contrattuale.

In particolare, l'inefficacia con conseguente subentro è idonea a realizzare quella che è stata definita come la tutela utile della concorrenza, mentre la permanente efficacia del contratto determina l'inveramento dell'interesse pubblico della collettività sotteso alla stipulazione del contratto, inteso come interesse pubblico oggettivo esponenziale non coincidente con l'interesse soggettivo della pubblica amministrazione che viene infatti contestualmente sanzionata.

L'interesse pubblico sotteso al contratto non prevale necessariamente rispetto alla domanda di subentro, ma diventa oggetto di ponderazione da parte del giudice, il quale, nelle diverse fattispecie, dovrà valutare, rispetto ai vari parametri, quale dei due interessi debba prevalere sulla base del principio di proporzionalità.

Dalla disamina effettuata emerge, peraltro, il necessario rapporto dialettico tra gli interessi in gioco, tutela della concorrenza, tutela degli interessi pubblici, tutela delle

ragioni dell'aggiudicatario in buona fede, la cui complessiva composizione è affidata all'autorità giurisdizionale.

Nella concreta ponderazione degli interessi pubblici antagonisti²⁶, l'autorità giurisdizionale²⁷ sembra, così, potersi avvalere di una discrezionalità più propriamente pertinente all'esercizio del potere amministrativo²⁸.

²⁶ Si v., in tal senso, Cons. Stato, 21 settembre 2010 n. 7004 secondo cui *“In sede di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto, il mancato utile nella misura integrale spetta, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se il ricorrente dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e, pertanto, in tale ipotesi deve operarsi una decurtazione del risarcimento di una misura per l'aliunde perceptum vel percipiendum. In tal caso, l'applicazione del principio dell'aliunde perceptum pare, precipuamente, volto a evitare che, a seguito del risarcimento, il danneggiato possa trovarsi in una posizione addirittura migliore”*.

²⁷ Si v., di recente, Cons. Stato sez. III, 19 dicembre 2011 n. 6638 secondo cui *“la privazione degli effetti del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione di una pubblica gara è oggetto di una pronuncia giurisdizionale tipica. Infatti spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato; il che significa che l'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti”*. Si v., inoltre, TAR Sicilia, Catania, 26 marzo 2012 n. 839 con cui il Collegio ha dichiarato inammissibile il ricorso sul rilievo che gli interessi economici invocati dalla ricorrente non possono integrare le esigenze imperative tali da rendere doveroso il mantenimento del contratto. Il Collegio muove dal riferimento all'attuale quadro normativo che vede il giudice titolare del potere di dichiarare o meno l'inefficacia del contratto.

In questo senso, i poteri del giudice previsti dall'art. 34 e dall'art. 114 del codice del processo manifestano, peraltro, la crescente ampiezza delle decisioni adottabili dallo stesso.

In tale prospettiva pare rilevante precisare come nell'ambito dei poteri ordinari del giudice confluiscono poteri nuovi di decisione, cognizione ed esecuzione, per cui la valutazione sulla sorte del contratto si inserisce in un unitario giudizio con connotati misti di cognizione e di esecuzione.

²⁸ Quanto ai profili inerenti alla giurisdizione si v. Cass. Civ., SS. UU., 28 dicembre 2007 n. 27169 e Cons. Stato, Ad. Plen. 30 luglio 2008 n. 9 e n. 12 per una affermazione della sussistenza di una giurisdizione del giudice ordinario. Si v., inoltre, Cass. Civ., SS. UU., 10 febbraio 2010 n. 2906 che, in controtendenza rispetto all'orientamento consolidato, ha affermato sussistere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato. Si v., inoltre, T.A.R. Roma Lazio sez. III, 8 marzo 2011 n. 2122, secondo cui *“in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, l'annullamento dell'aggiudicazione e la privazione degli effetti del contratto, in quanto derivanti da una fattispecie unitaria, sono oggetto di una cognizione piena e diretta del g.a., perché la privazione degli effetti è disposta in esito ad una indagine che riguarda specifici presupposti di legge e considerazioni di opportunità che si affiancano, in piena autonomia, alle ragioni dell'annullamento del titolo costituito dall'aggiudicazione”*. Sulla questione dibattuta in giurisprudenza sono intervenuti a fare chiarezza il Codice dei contratti pubblici e il Codice del processo amministrativo. In particolare, il comma 1 dell'art. 244 del Codice dei contratti pubblici, confluito nell'art. 133, comma 1, lett. e) n. 1 c.p.a., dispone che *“la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione”*. Risulta rilevante, in dottrina, il dibattito in ordine alla natura di tale giurisdizione. Si v. F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul “nuovo” processo amministrativo sui contratti pubblici)* in www.giustamm.it e, per la teorizzazione di un'ipotesi innominata di giurisdizione di merito, M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”*, *op. cit.*
